



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

Los requisitos del nacimiento:
del Derecho romano al Derecho actual

Autor

José Manuel Ferrer Rodríguez

Directora

Dra. D^a. María Victoria Sesma Urzaiz

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.
Curso 2017/2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
I- INTRODUCCIÓN.....	5
1- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	5
2- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS...	5
3- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	6
II- EL SUJETO DE DERECHO.....	7
1- LA PALABRA PERSONA Y SUS ACEPCIONES.....	7
2- PERSONA Y SUJETO DE DERECHO EN ROMA.....	8
3- CAPACIDAD JURÍDICA.....	8
III- LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN EL DERECHO ROMANO.....	10
1- REQUISITOS DEL NACIMIENTO DE LA PERSONA FÍSICA.....	11
1.1- Nacimiento efectivo.....	11
1.2- Nacimiento con vida.....	12
1.3- Forma humana del nacido.....	12
1.4- Decisiones jurisprudenciales diversas sobre cuestiones prácticas.....	13
2- EL PROBLEMA DE LA EXIGENCIA DE LA VIABILIDAD EN DERECHO ROMANO.....	14
3- LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO NO NACIDO EN DERECHO ROMANO.....	14
4- LA PRUEBA DEL NACIMIENTO EN ROMA.....	15
IV- LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL...16	16
1- FUERO JUZGO.....	16
2- FUERO REAL.....	17
3- LAS PARTIDAS.....	17
4- LAS LEYES DE TORO.....	19
V- LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN EL PROCESO CODIFICADOR.....	20
1- PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851.....	21
2- LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE 1870.....	21
3- CÓDIGO CIVIL DE 1889.....	22
3.1- El requisito de las veinticuatro horas.....	22
3.2- El requisito de la figura humana.....	23

3.3- La inscripción del nacimiento en el Registro civil.....	24
VI- LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 30 DEL CÓDIGO CIVIL.....	26
1- NACIMIENTO EFECTIVO.....	27
2- NACIMIENTO CON VIDA.....	28
3- LA ELIPSIS DEL SUJETO GRAMATICAL.....	28
4- LA SUPRESIÓN DE LA REFERENCIA A LOS EFECTOS CIVILES.....	29
5- EL ART. 30 CC Y LA LEY DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.....	29
6- ARCHIVO ESPECIAL DEL REGISTRO CIVIL.....	30
VII- CONCLUSIONES.....	31
BIBLIOGRAFÍA.....	34

ABREVIATURAS

AC = Actualidad Civil

ADC = Anuario de Derecho Civil

art. = artículo.

C. = Código de Justiniano.

Cc. = Código civil.

CE. = Constitución Española.

D. = Digesto de Justiniano.

Gayo = Instituciones de Gayo (cuando no va seguido de cita del Digesto).

I. = Instituciones de Justiniano.

LIB. = Ley 14/2007, de Investigación Biomédica

LRc. = Ley del Registro civil de 1957.

LRc/2011 = Ley del Registro civil de 2011.

párr. = párrafo.

pr. = *principium*.

RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

RDC = Revista de Derecho Civil.

RDGRN = Resolución de la Dirección General de los Registros del Notariado.

RD-ley = Real Decreto-ley.

RDP = Revista de Derecho Privado.

RRc. = Reglamento del Registro civil.

I- INTRODUCCIÓN

1- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

En este trabajo nos proponemos el estudio de los requisitos del nacimiento desde el Derecho romano hasta el actual art. 30 del Código civil español. Se trata de mostrar las líneas generales de la evolución histórico-jurídica de los requisitos que, a lo largo de muchos siglos, se han formulado y exigido para que el nacimiento determine la adquisición de la personalidad.

En primer lugar, vamos a estudiar los requisitos que se exigieron en el Derecho romano para la adquisición de la condición de persona física para, a continuación, abordar su tratamiento en el Derecho medieval español, constatando, por un lado, la supervivencia del Derecho romano en la tradición jurídica española, fundamentalmente en las Partidas de Alfonso X El Sabio y, por otro, la influencia de elementos de origen germánico que se plasman, entre otras, en las Leyes de Toro. Dedicamos otro apartado al proceso codificador, que recogió estas dos influencias a la hora de determinar los requisitos del nacimiento, y que tuvo su formulación en el antiguo art. 30 del Código civil español de 1889. Por último, finalizamos el trabajo con una reflexión sobre la conveniencia y el acierto de la nueva redacción del art. 30 del Código civil.

Dada la amplitud y complejidad del tema objeto de este trabajo, nos parece necesario advertir que no vamos a tratar algunas cuestiones como la protección del concebido, los nacimientos múltiples y algunos aspectos de detalle en la regulación registral de la inscripción del nacimiento, ya que exceden del objeto de este trabajo.

2- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Durante el primer curso del Grado en Derecho, tuve la oportunidad de estudiar los requisitos del nacimiento en el Derecho romano –en el primer cuatrimestre– y, justo a continuación –en el segundo cuatrimestre–, los requisitos del nacimiento en el Derecho civil. Ya entonces me pareció un tema muy interesante y que merecía la pena ser estudiado con mayor profundidad. Ésta es la razón por la que he elegido este tema que, además, encaja perfectamente en la disciplina de Derecho Romano en la que he realizado el Trabajo de Fin de Grado que ahora presento.

La nueva redacción del art. 30 del Código civil, que entró en vigor al día siguiente de la

publicación de la LRc/2011 en el BOE el 22 de julio de 2011 (Disposición Final Décima), en la que desaparecen los requisitos de tener figura humana y vivir veinticuatro horas desprendido del claustro materno para la adquisición de la personalidad civil, nos ha impulsado a realizar una reflexión sobre la evolución que se ha producido en la concepción jurídica sobre el nacimiento de la persona física. El nuevo criterio, fundamentado únicamente en el nacimiento entendido desde su consideración jurídica –desprendimiento del seno materno–, permite prescindir, desde este “momento”, de cualquier limitación a la proyección jurídica, tanto personal como patrimonial, del recién nacido, incluyendo por tanto los efectos sucesorios *mortis causa*.

3- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Este tema de los requisitos del nacimiento aparece tratado con bastante detalle en casi todos los manuales de Derecho romano y de Derecho civil y, aunque siempre ha suscitado la preocupación y el interés de la doctrina, recientemente –a partir de la publicación de la LRc/2011, que entrará en vigor el 30 de junio de 2018– ha sido objeto de exhaustivo estudio, lo que se ha plasmado en excelentes trabajos de investigación.

Dada la imposibilidad de abarcar toda la bibliografía existente sobre el tema, y teniendo en cuenta que se trata de un trabajo académico, hemos partido de la lectura y estudio de las imprescindibles aportaciones del Profesor Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, que seguimos muy de cerca, fundamentalmente el capítulo “La persona física: comienzo y fin de la personalidad” en las ediciones de 2008 y 2011 del *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*. Además de esta bibliografía básica, hemos consultado y leído varios manuales de Derecho romano y de Derecho civil, así como diversos trabajos de investigación sobre el tema de nuestra doctrina romanista y civilista.

Con base en todo este material, hemos elaborado el trabajo que presentamos, tratando de mostrar las líneas generales de la evolución histórico-jurídica de los requisitos que, a lo largo de muchos siglos, se han formulado y exigido para que el nacimiento determine la adquisición de la personalidad, pero a un nivel más elemental y divulgativo, teniendo en cuenta su finalidad.

II- EL SUJETO DE DERECHO

Según nuestro Código civil, el nacimiento y la muerte de la persona (arts. 29 y 32) delimitan el inicio y extinción de la personalidad civil o jurídica. Por tanto, “persona” y “personalidad” son conceptos que, aunque diferentes, están estrechamente unidos en la medida que, en el ámbito jurídico, ambos se apoyan mutuamente para configurar su significado. Esta interdependencia viene motivada por el hecho de que el término “persona” contiene un significado que va más allá de su sentido vulgar, esto es, no es sólo el ser humano, sino todo ser capaz de ser sujeto de derecho, y, en consecuencia, enlaza con el concepto de personalidad.

Es sabido que, en general, los conceptos jurídicos modernos, sobre todo en el ámbito del Derecho privado, tienen su raíz remota en el Derecho romano. También, que el casuismo de este Derecho y la practicidad de sus juristas, volcados en solucionar el caso concreto y no en formular abstracciones y teorías, hace que, a veces, algunos de estos conceptos no coincidan, fielmente, con el pensamiento romano ni reflejen el paulatino proceso de su formación. Esto ocurre, en particular, con el concepto de sujeto de derecho o, si se prefiere, con los de persona y capacidad, términos íntimamente ligados¹.

1- LA PALABRA PERSONA Y SUS ACEPCIONES

En la actualidad, la palabra persona² presenta dos principales acepciones. Una vulgar como sinónimo de “hombre”, de “ser humano”, y otra jurídica para designar al “sujeto de derecho”. En sentido técnico-jurídico, se llama persona a todo ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, es decir, a todo el que reúne en sí los requisitos necesarios para que puedan atribuírsele las facultades o poderes que constituyen los derechos subjetivos, así como para poder ser constreñido a cumplir deberes jurídicos. Y como esta aptitud de alguien para ser titular de derechos y obligaciones se designa con la expresión “capacidad jurídica”, podríamos definir concisamente: persona en sentido técnico-jurídico, sujeto de derecho, es el ser con capacidad jurídica³.

1 Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 191 ss.

2 El término “persona”, etimológicamente, viene de su homónimo latino *persona*, derivado del verbo *persono*, compuesto, a su vez, de *per* (a través de) y *sonare* (producir algún sonido). En principio significó “máscara”, designando la careta usada por los actores en escena, que les servía para caracterizarse y ahuecar su voz. Más tarde se usó, también, para referirse al propio “actor”; después, para aludir al actor de la vida social, es decir, al “hombre” y, por último, en el ámbito jurídico, para designar al “sujeto de derecho”. Sobre el término “persona”, *vid.* ALBURQUERQUE, J. M., en AAVV, *Personalidad y capacidad jurídica*, t. I, Córdoba, 2005, pp. 89 ss.; ANTÚNEZ Y VILLEGAS, L. E., “Sobre la institución persona”, en RESINA SOLA, P. (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2012, pp. 65 ss.

3 Cfr. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vol. I, Madrid, 1991,

Estas dos acepciones de la palabra persona no siempre coinciden ya que: a) en Roma, no todo hombre –ser humano– es sujeto de derecho y b) hoy, no todo sujeto de derecho es hombre –ser humano– porque pueden tener tal carácter ciertas organizaciones, agrupaciones de hombres –corporaciones o asociaciones– y ciertas ordenaciones de bienes –fundaciones–. A estos sujetos, por contraposición al hombre –persona física– se les suele llamar personas jurídicas.

2- PERSONA Y SUJETO DE DERECHO EN ROMA

La doctrina del sujeto de derecho y el uso, a este respecto, del vocablo persona, en Derecho romano, puede resumirse así⁴:

1º) El término *persona* coincide con nuestra acepción vulgar de hombre y sólo a él se aplica sin referencia jurídica alguna. a) Son personas, por tanto: los libres –*liberi*– y los esclavos –*servi*–; los ciudadanos romanos –*cives*–, los latinos –*latini*– y los extranjeros –*peregrini*– y los que, en la familia, son independientes –*sui iuris*– o dependen de la potestad familiar de otro –*alieni iuris*–. b) Sin embargo, no son sujetos de derecho los esclavos y los extranjeros y sólo lo son, en forma restrictiva, los latinos y los sujetos a potestad.

2º) Falta un nombre técnico para designar al sujeto de derecho, aunque existe un titular de relaciones jurídicas, cuyo exponente es el jefe de familia –*paterfamilias*–.

3- CAPACIDAD JURÍDICA

Hoy, capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas. O sea, para ser sujeto de derechos y obligaciones. Requiere una conciencia potencial. Supone sólo una posición estática y presenta como caracteres: 1º) respecto a los derechos, ser general y abstracta –pues contiene todos aquellos de los que el hombre puede ser titular–; 2º) respecto a los sujetos, ser única e indivisible –pues es común a todos los hombres por el hecho de nacer– y 3º) respecto al tiempo de duración, ser permanente, pues cesa sólo con la muerte.

La doctrina del Derecho romano sobre la capacidad jurídica cabe resumirla así⁵:

pp. 57 ss.

4 Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 192.

5 Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, pp. 193 s.

1º) Falta un nombre técnico para designarla, ya que *capacitas*, *capax* y *caput* no son utilizados con este carácter genérico⁶.

2º) Existen ciertos términos con el valor de una capacidad jurídica específica y que designan la aptitud de alguien para poder ser titular de una determinada relación. Así, entre otros: *commercium* o aptitud para enajenar; *conubium* o aptitud para contraer matrimonio y *testamentifactio* o aptitud para intervenir, otorgar o recibir por testamento.

3º) No es atributo de la naturaleza humana y por ende permanente, sino consecuencia de una triple situación –*status*– que puede alterarse.

El Derecho romano, aún en su fase más evolucionada, no proclama –aunque tienda a ello– la igualdad jurídica de todos los hombres. Tres razones se oponen a ello: 1ª) que Roma admite la esclavitud y los esclavos, aún hombres, no tienen tal capacidad; 2ª) que concibe su derecho –*ius civile*– como algo propio y exclusivo de sus ciudadanos –*cives*– por lo que no contempla a quienes no lo son⁷ y 3ª) que su sociedad primitiva se basa en el carácter patriarcal de la familia, por lo que sólo su jefe –*pater familias*– tendrá plena aptitud –capacidad– ante el Derecho⁸.

Por ello, en el Derecho romano, para tener plena capacidad jurídica, además de una serie de requisitos naturales relativos al nacimiento –únicos de que se preocupa el Derecho actual–, se exigen otros requisitos civiles⁹. Es necesario ostentar una triple situación –*status*– de privilegio: respecto a la libertad –*status libertatis*–, hay que ser libre; respecto a la ciudadanía –*status civitatis*–, hay que ser ciudadano romano, y respecto a la familia –*status familiae*–, hay que ser *sui iuris*.

La expresión *status familiae* alude a la situación de una persona libre y ciudadana dentro del grupo familiar agnaticio¹⁰. Gayo (1,48) dice que: algunas personas –*quaedam personae*– son

6 Vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990, pp. 119 s.

7 Este requisito, con el tiempo, se diluirá: 1º) al empezarse a reconocer cierta capacidad limitada al no ciudadano –aunque con referencia a su propio derecho y al de gentes– y 2º) con la *constitutio Antoniniana* (212), al extender a todo habitante del Imperio la ciudadanía romana, proclamando la igualdad jurídica de todos los hombres libres.

8 Con el tiempo, el gran número de excepciones a la incapacidad patrimonial de los *alieni iuris* terminará por consagrar lo contrario, jugando un papel decisivo el régimen de los peculios.

9 Vid. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano, cit.*, vol. I, pp. 59 ss.

10 Vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, cit.*, pp. 149 ss.; ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano, cit.*, vol. I, pp. 79 ss.

independientes –*sui iuris sunt*–, esto es, se pertenecen a sí mismas, no dependen del derecho de otro, y otras están sujetas a un poder o derecho ajeno –*quaedam alieno iuri subiectae sunt*¹¹–.

Así pues, dentro del grupo familiar agnaticio las personas pueden ser:

- *alieni iuris*: son las personas libres y ciudadanas, con independencia de su edad y sexo, que están sometidas a alguno de los poderes del *paterfamilias*.
- o *sui iuris*: son las personas libres y ciudadanas, con independencia de su edad y sexo, que no están sometidas a ninguno de los poderes del *paterfamilias*. En definitiva, son las personas independientes, los primeros de su familia¹².

El varón *sui iuris* se identifica con el *paterfamilias*, término que no alude a su mayor o menor edad ni al estar o no casado ni al tener o carecer de hijos, sino al hecho de ejercer o poder ejercer una jefatura familiar¹³. La plena capacidad jurídica coincide con la condición de *paterfamilias*, y así, siendo el *Ius Civile* el derecho de los *patres familias*, resulta apropiado identificar al *paterfamilias* con nuestro concepto de sujeto de derecho.

III- LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN EL DERECHO ROMANO

El nacimiento señala el comienzo de la persona física y produce efectos jurídicos especiales en ciertos supuestos, sobre todo en la esfera sucesoria. Por ejemplo: a) la adquisición automática de derechos sucesorios por el nacido; b) la correlativa pérdida de ellos por otras personas; c) la ineficacia del testamento, en que no se hubiera contemplado –preterido– al que ahora nace y d) la capacidad de suceder de ciertas personas, condicionada, por Augusto, al número de hijos –*capacitas*¹⁴–.

Conviene advertir que, en realidad, en el Derecho romano: a) falta una teoría general sobre estos requisitos; b) que sólo con Justiniano se llegará a ello, con discrepancias en algunos puntos, como la madurez del parto y forma humana del nacido y c) que en época clásica, la jurisprudencia

11 Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, pp. 232 ss.

12 En las Reglas de Ulpiano (4,1) se dice: son independientes –*Sui iuris sunt*– los primeros de su familia –*familiarum suarum principes*– esto es –*id est*– el padre de familia –*pater familiae*– y también la madre –*itemque mater familiae*–.

13 Según Ulpiano (D.50.16.195.1-2) *paterfamilias* es: quien tiene el dominio de su casa –*in domo dominium habet*– aunque carezca de hijos –*quamvis filium non habeat*– y no designamos su sola persona sino también su derecho –*non enim sola persona eius, sed et ius demonstramus*–.

14 Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 197. n. 27.

se limita a determinar el papel que puede jugar el nacimiento respecto al fin perseguido por una determinada ley o senadoconsulto. En concreto: la *lex Iulia et Papia Poppaea*, de la época de Augusto, que otorgaba premios o beneficios a los matrimonios que tenían hijos, mientras imponía penas a los que carecían de ellos; el senadoconsulto Tertuliano, dado bajo Adriano, que confería la herencia del hijo a la madre que gozase del *ius liberorum*, esto es, que tuviese tres hijos –*ius trium liberorum*–, si era ingenua, o cuatro –*ius quattuor liberorum*–, si liberta¹⁵.

Al final, se acabó por precisar los siguientes requisitos. Nos vamos a detener sobre éstos y algunos problemas relacionados con ellos.

1- REQUISITOS DEL NACIMIENTO DE LA PERSONA FÍSICA

1.1- Nacimiento efectivo

El nacimiento es efectivo si hay un total desprendimiento del claustro materno¹⁶. Papiniano (D.35.2.9.1) recuerda: que el hijo aún no nacido –*partus nondum editus*– se dice con razón, no es un hombre –*homo non recte fuisse dicitur*– y Ulpiano (D.25.4.1.1): que el hijo antes del parto –*partus enim antquam edatur*– es una porción de la mujer o de sus entrañas –*mulieris portio est vel viscerum*¹⁷–.

Por otro lado, como pone de relieve FERNÁNDEZ BAQUERO, es indiferente que dicha separación tuviese lugar mediante un parto natural o por cesárea¹⁸, tal y como se puede apreciar en las opiniones de distintos juristas. En concreto, Ulpiano (D.28.2.12pr., l. 9 ad Sab.), cuando afirma que el hijo que nace después de hecho el testamento lo invalida, debe entenderse también en el caso de que se extraiga al hijo del vientre de la madre:

*“Lo que se dice de que el hijo que nace después de hecho el testamento lo invalida, entiéndelo también en el caso de que se extraiga al hijo del vientre de la madre, pues también éste invalida el testamento, si es que nace bajo la patria potestad”*¹⁹.

15 Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., p. 198, n. 28; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, cit., p. 122.

16 Cfr. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, cit., vol. I, p. 59; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, cit., p. 121; PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., p. 198.

17 Sobre este fragmento, vid. BLANCH NOUGUÉS, J. M., “El feto como porción de la mujer: origen de un mito jurídico”, en *El aborto, perspectiva pluridisciplinar*, I Jornadas Universidad y Cultura de la Vida de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU, Madrid, 2002, pp. 7 ss.

18 Cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, en *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2 (2013), pp. 149 s.

19 “*Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etsi exsecto ventre editus sit; nam et hic rumpit*

Opinión confirmada por el mismo jurista (D.50.16.141, *l. 8 ad legem Iuliam et Papiam*) al establecer que es hijo también cuando la mujer al morir pueda darlo a luz abriéndole el vientre:

“Se cree que tiene un hijo incluso aquella mujer que, al morir, pudo dar a luz mediante extracción del hijo”²⁰.

Por su parte, Marcelo nos recuerda una antigua *lex regiae* en la que se establecía la prohibición de enterrar a la mujer que estuviese embarazada, sin proceder antes a extraer al feto del vientre de la misma; el que actuase de forma contraria sería considerado que mató una esperanza de vida (D.11.8.2, *l. 28 Dig.*):

“Prohíbe una ley de las de los antiguos reyes que la mujer que haya muerto embarazada sea enterrada antes de que se le extraiga el feto, y el que hiciese lo contrario se considera que mató, con el entierro de la embarazada, una esperanza de vida”²¹.

1.2- Nacimiento con vida

Paulo (D.50.16.129) dice que: los que nacen muertos –*qui mortui nascuntur*– no se consideran nacidos ni procreados –*neque nati, neque procreati videntur*–. Debe acreditarse, pues, la vida. Esta prueba resultó objeto de controversia. Para los proculeyanos, era imprescindible el emitir algún grito –*emittere vocem*–; para los sabinianos, bastaba cualquier manifestación de vida –movimiento del cuerpo, respiración...– aun sin emitir gritos –*etsi vocem non emisit*–. Justiniano, en una constitución del año 530 (C.6.29.3)²², lógicamente, acoge el último criterio. Es obvio que el nacido mudo no puede emitir sonidos y pese a ello es un ser vivo²³.

1.3- Forma humana del nacido

Paulo (D.1.5.14) nos dice que no son hijos –*non sunt liberi*– quienes fuera de lo acostumbrado –*converso more*– son procreados con forma contraria a la del género humano –*qui contra forman*

testamentum, scilicet si nascatur in potestate”.

20 *“Etiam ea mulier cum moretur creditur filium habere, quae exciso utero edere possit”.*

21 *“Negat lex Regia, mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur”.*

22 *“Cumque sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit”.*

23 Cfr. ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, cit., p. 59; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, cit., p. 121; PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., p. 199.

humani generis... procreantur— como si una mujer pariese —*veluti si mulier*— algo monstruoso o prodigioso —*monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit*—.

Expresamente señalan algunos textos ciertas imperfecciones —falta de miembros o pluralidad de órganos— que no implicaban carencia de este requisito, cuya casi nula importancia práctica fácilmente se supone teniendo en cuenta, además, los dos anteriores²⁴.

1.4- Decisiones jurisprudenciales diversas sobre cuestiones prácticas

Las situaciones planteadas por la *lex Iulia y Papia Poppaea* y el senadoconsulto Tertuliano llevaban a decidir si el nacido muerto, o el nacido vivo, pero sin forma humana —*non humanae figurae*—, podía contarse como hijo. La contestación fue negativa en lo que tocaba al nacido muerto (D.50.16.129). En cuanto al monstruo o prodigio se computaba a los efectos de la *lex Iulia y Papia Poppaea* (D.50.16.135), pero no con relación al senadoconsulto Tertuliano (Paulo, 4,9,3)²⁵.

En cuanto a la ruptura del testamento por nacimiento de un póstumo —*postumi agnatio*—, se discutió si el aborto podía o no determinarla, proclamándose por la afirmativa Ulpiano (D.28.2.12.1): *quid tamen, si non perfectum (no perfecto) animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc tetamentum rumpat? et tamen rumpit* (pues, ¿se dirá que, si el cuerpo nació vivo, pero no perfecto, no invalidará el testamento?, a pesar de todo, lo invalida). Una constitución de Diocleciano y Maximiniano (C.6.29.2) decide, en cambio, por la negativa: *uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, iuris evidentissimi est* (por aborto de la mujer no se rompe el testamento del nacido, pero habiendo sido preterido un póstumo, es de muy evidente derecho que aunque el nacido hubiese muerto de modo inmediato, no se rehabilita el testamento que fue roto). Discutido es si aquí *abortus* significa nacido muerto, siendo lo más probable que tenga el sentido de *partus non perfectus*²⁶.

24 Cfr. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, cit., p. 60.

25 Sobre estas cuestiones no exentas de polémica, vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, cit., p. 122; ALEMÁN MONTERREAL, A., “La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil”, en *AC*, núm. 35, 1999, pp. 1059-1071 e ÍD., “Precisiones terminológicas sobre *ostentum*”, D., 50, 16, 38 (*Ulpianus libro 25 ad edictum*), en RESINA SOLA, P. (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2012, pp. 49 ss; FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, loc. cit., pp. 153 ss.

26 Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, cit., p. 122.

2- EL PROBLEMA DE LA EXIGENCIA DEL REQUISITO DE LA VIABILIDAD EN EL DERECHO ROMANO

Muy discutible es que el Derecho romano señalase el requisito de viabilidad, en el que el Derecho moderno encierra pruebas de diversa índole según los distintos Derechos positivos (examen médico en cada caso, un lapso de tiempo mínimo de vida extrauterina, como fijaba nuestro Código civil en su anterior regulación, etc.), pruebas tendentes a demostrar que la vida del recién nacido presenta probabilidades de duración y no es algo efímero que va a cesar casi en el instante mismo de haber surgido²⁷.

Literalmente, viable –de *vitae habilis*– significa capaz de vivir. Así pues, en una acepción amplia, viabilidad es la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno –y vendría a implicar la capacidad orgánica suficiente para ello–. En una acepción estricta, se identifica con madurez del parto –*partus perfectus*– y en tal sentido, Paulo (D.1.5.12), invocando la autoridad de Hipócrates²⁸, nos dice que al nacer en el séptimo mes el parto es perfecto –*septimo mense nasci perfectum partum*–. Por ello, para los romanos: viable es el “parto maduro”, aunque un defecto orgánico impida al recién nacido seguir viviendo; y no viable es el parto “prematureo” –antes del séptimo mes de embarazo– y aunque el feto nazca vivo tendrá, en principio, el carácter de aborto –*aborsus*²⁹–.

En la romanística sólo se discute si se tuvo en cuenta esta viabilidad “restringida”, o sea, la aptitud de vida, en abstracto, coincidente con el *partus perfectus* y no la aptitud de supervivencia, en concreto, tras el nacimiento de un parto maduro. Es difícil profundizar más, pues los textos no tratan, directamente, el tema de la viabilidad y, a veces, como Ulpiano (D.28.2.12.1) consideran apto para producir algún efecto al cuerpo que nació vivo –*cum spiritu*– aunque no perfecto –*non integrum*³⁰–.

3- LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO NO NACIDO EN DERECHO ROMANO

A pesar de carecer de los requisitos apuntados, el Derecho romano dispuso protección al

27 Cfr. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano, cit.*, vol. 1, p. 60.

28 Sobre las opiniones de este médico griego de la época (460-377 a. C.), que sirvieron de fundamento a algunas decisiones de los juristas romanos, *vid.* FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, *loc. cit.* pp. 150 ss.

29 Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 199.

30 Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 199. n. 34.

concebido que todavía no había nacido (*nasciturus*)³¹. No es que reconociese al feto intrauterino como sujeto de derecho; lo que se protegía eran los intereses de la futura persona –*propter spem nascendi*–, muchos de los cuales resultarían ilusorios más tarde, si no se tomaban medidas anticipadas. Por eso se reservaban al concebido derechos, especialmente derechos sucesorios, reserva cuyos efectos quedaban supeditados al nacimiento posterior del *nasciturus* con todos los requisitos antes expresados. De ahí que se pudiera decir, al menos en ciertos aspectos que se estimaron favorables para la persona eventual anunciada por la concepción, que los concebidos se asimilaban a los ya nacidos, idea expresada en la frase: *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*. El aforismo, sin embargo, no está formulado así en ningún texto romano; es máxima construida por los comentaristas. Las expresiones análogas de algún jurisconsulto clásico, indicadoras de la apuntada semejanza entre la condición del simplemente concebido y la del ya nacido, no fijan un principio doctrinal de afirmación de personalidad jurídica del *nasciturus*, sino que tienen más bien un mero valor instrumental, recurso expositivo que aclara y facilita la explicación de una situación³².

4- LA PRUEBA DEL NACIMIENTO

En Derecho moderno, el modo normal de acreditar el nacimiento es la “partida de nacimiento”, pues su inscripción en una oficina pública –Registro civil– es título legitimador de este hecho. En Roma, Augusto creó un Registro de nacimientos³³. Su fundamento era facilitar el cumplimiento de algunas de sus leyes en las que las edades y el número de hijos tenían especial relieve y se convirtió también, con el tiempo, en medio de prueba de la condición de ciudadano romano –*civis*–. El plazo de inscripción era de 30 días desde la fecha de nacimiento y podían obtenerse copias –*testationes*– que acreditaban: los nombres del hijo y de sus padres, la fecha de nacimiento y la ciudadanía de aquél³⁴.

31 Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, cit., pp. 122 s.; PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., pp. 198 s. Sobre el *nasciturus*, vid. también SALAZAR REVUELTA, M^a., “Algunas consideraciones sobre la doctrina del *nasciturus* en la tradición romanística y en la codificación”, en *Problemática del Derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, Jaén, 1999, pp. 289 ss. y BLANCH NOUGUÉS, J. M., “El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica”, en *ADC*, 2001, pp. 1145 ss.

32 Cfr. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, cit., vol. 1, pp. 60 s.

33 Sólo para hijos legítimos. Marco Aurelio lo extendió a los ilegítimos.

34 Cfr. PANERO, *Derecho Romano*, cit., p. 200.

IV- LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL

Casi todos los autores modernos aseguran que el origen de la exigencia del requisito de la viabilidad se encuentra en el Derecho bárbaro.

Tras la Compilación justiniana, el antiguo Derecho germánico exigió que el recién nacido viviera diez días para considerarlo persona, ya que, de esa forma, se reforzaba la aptitud para poder continuar una vida extrauterina; además, la ley Vestrogótica pedía que el niño fuese bautizado y la Alemánica que la criatura viviese una hora después de abrir los ojos. La justificación de imponer una hora era para que el recién nacido viese el cielo y las paredes de su casa³⁵.

La influencia del Derecho romano, germánico y canónico se aprecia plenamente en el tratamiento jurídico de esta materia en el Derecho común, en concreto en nuestro Derecho medieval.

1- FUERO JUZGO

El Fuero Juzgo, representación genuina del Derecho bárbaro, nos brinda la exigencia de la viabilidad. Su influencia fue decisiva en el ulterior desarrollo del Derecho español.

El Fuero Juzgo no dice nada sobre la forma humana del nacido³⁶, en cambio exige que el nacido viviese diez días y que estuviese bautizado. Así aparece en la ley 18 del título 2.º del libro IV:

“Establecermos que aquél que nasse non debe aver la buena de los padres, fueras si después que fue nascido recibiere baptismo e vizquere X días”.

Sin embargo, la ley siguiente (ley 19), con la imprecisión de la frase “diez días o más o menos”, dejó incierto el plazo señalado, haciendo difícil la interpretación en este punto del código

35 Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad del nacido en el Derecho civil” en *RCDI*, núm 37, enero de 1928, pp. 1-13; núm. 39, marzo de 1928, pp. 161-173; núm 41, mayo de 1928, pp. 321-333., *cit.*, en *RCDI*, núm 39, marzo de 1928, p. 161.; FERNÁNDEZ BAQUERO, Mª E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, *loc. cit.*, p. 160.

36 Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A., “La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil”, en *Actualidad Civil*, núm. 35, 1999, p. 1065.

visigótico³⁷:

“El padre muerto si el fijo o la fija visquieren diez días o más o menos, o fuera baptizado cuanto que pertenecía de la buena del padre todo lo debe aver la madre”.

Probablemente, el legislador quiso añadir en la ley 19 la posibilidad de contemplar soluciones más útiles y moldeables ante situaciones no previstas por la ley 18.

2- FUERO REAL

Posteriormente, la ley 3.^a, título 6.^o, libro III, del Fuero Real trata también el origen de la personalidad. Al igual que el Fuero Juzgo tampoco dice nada sobre la forma humana del nacido³⁸, exigiendo sólo los requisitos de nacer con vida y ser bautizado. Pero a diferencia del Fuero Juzgo, el Fuero Real no señala plazo alguno de días ni de tiempo para acreditar la viabilidad, aunque algunos autores presumen que a la ley acompañase esta circunstancia³⁹:

“Si el que muriere dexare su mujer preñada, e no hoviere otros fijos, los parientes más propinquos del muerto en uno con la muguer escriban los bienes del muerto ante el alcante; e téngalos la muguer e si después naciere fijo o fija, e fuere baptizado haya todos los bienes del padre; e porque no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo o de la fija del alcante con los parientes sobredichos pongan dos mugueres buenas, al menos que estén delante de la nascencia con lumbré; y no entre otra muguer a aquella hora fuera aquella que la hobiese a servir a la parición; y esta sea bien cargada, que no pueda facer engaño; e si la cruatura muriere antes de ser baptizada, hereden su buena los parientes más propinquos del padre, e no de la madre e si después que fuere baptizada muriere herehedelo la madre”.

3- LAS PARTIDAS

En Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio es donde podemos observar una mayor

37 Sobre las diversas interpretaciones de esta ley 19, *vid.* PÉREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad del nacido en el Derecho civil”, *cit.*, en *RCDI*, núm 39, marzo de 1928, pp. 168 ss.; FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, *loc. cit.*, p. 161.

38 Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A., “La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil”, *loc. cit.*, p. 1065.

39 En opinión de estos autores, el Fuero Real se inspiró en el Fuero Juzgo y, dado que la ciencia médica del momento no produjo ningún cambio en la materia, podemos presumir que los plazos del Fuero Juzgo se mantendrían inalterados, dado que la exigencia del bautismo era una prueba de que el recién nacido —para ser persona— debía vivir algún tiempo fuera del seno materno, más aún cuando la ley 19 del Fuero Juzgo flexibilizaba la determinación del tiempo que la criatura se mantendría con vida cuando introdujo en el texto legal la expresión *más o menos*. *Vid.* los autores citados por PÉREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad del nacido en el Derecho civil”, *cit.*, en *RCDI*, núm 39, marzo de 1928, pp. 171 ss.; FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, *loc. cit.*, p. 162.

supervivencia del Derecho romano, ya que de su lectura se desprende que son dos los requisitos exigidos al recién nacido para considerarlo persona: que nazca vivo y que tenga figura humana⁴⁰.

El primero de ellos viene recogido en la Partida VI, 6, 16, con motivo de la sucesión sin testamento de un hombre que deja embarazada a su mujer:

“Sin testamento muriendo algún ome, dexando su mujer preñada o cuidando que lo era, decimos que nin hermano nin otro pariente del muerto, non deue entrar la heredad del finado; ante deue esperar, fasta que la muguer encaezca. E entonces, si el fijo o la fija nasciere viuo, el aurea la heredad en los bienes del padre”.

Como se puede apreciar, se sigue el requisito romano de que nazca con vida, aunque no aporta nada nuevo en cuanto a la solución que Justiniano dio referente a la disputa de proculeyanos y sabinianos en torno a los signos que prueban la vida. Exigiendo, además, al igual que el Derecho romano, que el parto sea perfecto, esto es, que se trate de un nacido vivo a término, admitiendo la posibilidad de que nazca entre los siete y diez meses de embarazo, tal y como se puede ver en la Partida IV, 23, 4:

“Lo más que la muguer preñada puede tener la criatura en el vientre son diez meses. Otrosi la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga un día del septimo mes, que es cumplida e vivvidera. Eso mismo debe ser jujado de la que nasce fasta en los nueve meses”.

El segundo de los requisitos mencionados, la figura humana, viene recogido en la Partida IV, 23, 5:

“Non deben ser contados por fijos los que nacen de la muguer et non son figurados como omes, asi como si hobiesen cabeza u otros miembros de bestia. Mas si la criatura que nasce ha figura de ome muguer haya miembros sobejanos o menguados, no empesce para poder heredar los bienes de su padre et de su madre et de otros parientes”.

El plazo de diez días exigido en el Fuero Juzgo, silenciado en el Fuero Real, sigue sin exigirse por las Partidas, no lo pedía el Derecho romano y no fue recordado por el rey Sabio. Por lo tanto, la supervivencia del Derecho romano es clara al no mencionar plazo de tiempo alguno para el reconocimiento de la persona.

40 Sobre la interpretación de estas leyes de las Partidas, *vid.* PÉREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad del nacido en el Derecho civil”, *cit.*, en *RCDI*, núm 41, mayo de 1928, pp. 321 ss.; FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, *loc. cit.*, pp. 162 s.; ALEMÁN MONTERREAL, A., “La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil”, *loc. cit.*, pp. 1065 s.

Tampoco se habla de la necesidad del bautismo y niega personalidad a aquellos que nacen con una deformación orgánica que les impide vivir, a diferencia de aquellos que, teniendo sólo un defecto físico no esencial para la vida, se consideren viables.

En síntesis, es en las Partidas donde encontramos una mayor influencia de la legislación romana en el tema del reconocimiento de la personalidad jurídica, al exigir que nazca vivo, tras un periodo mínimo de gestación concretado en el séptimo mes, y que la criatura tenga forma humana.

4- LAS LEYES DE TORO

Como pone de relieve PÉREZ GONZÁLEZ⁴¹, el gran daño y gasto que recibían sus súbditos a causa de la gran diferencia y variedad que había en el entendimiento de algunas leyes del reino, según el encabezamiento de las Leyes de Toro, obligaron a la reina Doña Juana a publicar este nuevo Cuerpo legal. Por lo que se refiere a nuestro tema, ningún otro comienzo sería más apropiado. Los precedentes sobre la materia constituían un verdadero caos.

La diversidad y variedad de criterios de las disposiciones anteriores, uniéndose a ellos los Fueros municipales que exigían el nacimiento con vida, aptitud para vivir y un tiempo medio — como prueba de la viabilidad— que oscilaba entre las veinticuatro horas y diez días, así como la condición del bautismo, dio lugar a que las Leyes de Toro trataran de solventar la difícil situación. Con tal motivo se redactó la ley XIII, que de manera clara expone la situación y la consiguiente interpretación:

“Para evitar muchas dudas que suelen ocurrir acerca de los fijos que mueren rezien nacidos, sobre si son naturalmente nacidos o son abortivos, ordenamos y mandamos quel tal fijo se diga que naturalmente es nacido, e que no es abortivo quando nasció bivo todo, e que a lo menos después de nacido bivió veynte e quatro oras naturales, e fué baptizado antes que moriese, y si de otra manera nascido, murió dentro de dicho término o no fué baptizado, mandamos que tal fijo sea avido abortivo e que no pueda heredar a sus padres, ni a sus madres, ni a sus ascendientes; pero si por el ausencia del marido, o por el tiempo del casamiento claramente se provase que nasció en tiempo que no podía bivar naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho fijo las cualidades susodichas, que no sea avido por parto natural ni lejítimo”.

41 Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad del nacido en el Derecho civil”, *cit.*, en *RCDI*, núm 41, mayo de 1928, p. 324.

En opinión de FERNANDEZ BAQUERO⁴², el texto se compone de dos partes bien diferenciadas. En la primera trata de distinguir entre los que son “naturalmente nacidos” de los “abortivos”. Para los primeros, deben reunir tres requisitos esenciales: *a)* nacer vivo todo; *b)* vivir veinticuatro horas naturales, y *c)* ser bautizado antes de morir. Faltando alguno de estos requisitos, el recién nacido que muere es considerado abortivo. Como se puede observar, esta Ley 13 de Toro no hace ninguna mención a la forma humana, salvo que se quiera ver alguna relación entre la forma humana con el “naciere vivo todo”⁴³. En la segunda parte se contempla la legitimación o no de los hijos póstumos, considerando abortivos todos aquellos que nacen en un corto periodo de tiempo, insuficiente para poder vivir, desde que se ausentó el padre o desde la fecha del matrimonio, aunque el recién nacido muriese cumpliendo los requisitos mencionados en la primera parte del texto.

Son variadas las interpretaciones que se han vertido sobre este texto⁴⁴, probablemente todas ellas complementarias, que conducen al intento de conciliar tanto el contenido de las fuentes romanas como el Derecho germánico y el Derecho canónico. En efecto, las fuentes romanas se reflejan en el primer requisito: “nacer vivo todo”, es decir, que, cumplido el periodo mínimo de gestación y una vez separado del claustro materno, el recién nacido tenga la figura humana o los órganos necesarios para identificarlo como un ser humano apto para ser persona. Mientras que el requisito de las veinticuatro horas es propio del Derecho germánico, con el fin de dar una seguridad de viabilidad en el tiempo. Por último, el Derecho canónico marca su influencia, por un lado, en la exigencia del bautismo y, por otro, fomentando el matrimonio legítimo al imponer una dura medida a los recién nacidos que (a pesar de cumplir los requisitos antes mencionados) nazcan y posteriormente mueran en un plazo de tiempo demasiado corto (insuficiente para poder vivir) desde el momento en que se ausentó el padre, o desde que se produjo la fecha del matrimonio.

V- LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN EL PROCESO CODIFICADOR

La importancia de la Ley XIII de Toro se aprecia por la influencia que ha ejercido en textos jurídicos posteriores hasta llegar prácticamente a nuestros días. Así, Felipe II la incorporó al texto de la Novísima Recopilación en la ley II, título V, libro X.

42 Cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, *loc. cit.*, p. 164.

43 Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A., “La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil”, *loc. cit.*, p. 1066. *Vid.* las diversas interpretaciones sobre esta expresión que recoge PÉREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad del nacido en el Derecho civil”, *cit.*, en *RCDI*, núm 41, mayo de 1928, p. 326.

44 Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad del nacido en el Derecho civil”, *cit.*, en *RCDI*, núm 41, mayo de 1928, pp. 324 ss.

1- PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

El siguiente paso lo da el proyecto de García Goyena, cuyo art. 107, además del nacimiento efectivo y del nacimiento con vida, exigía la figura humana y cuarenta y ocho horas de supervivencia, diciendo:

“Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales”.

Se establecían, pues, dos requisitos cumulativos para la plena adquisición de la personalidad jurídica: la figura humana y el plazo de supervivencia de cuarenta y ocho horas (la llamada viabilidad legal). Esta regla, como ya hemos visto en los dos apartados anteriores, fue fruto de la acumulación de materiales normativos procedentes de diversas etapas históricas. El requisito de la figura humana tuvo su origen en el Derecho romano, fue recogido después en Las Partidas y acabó imponiéndose por fuerza de la doctrina. De los Derechos germánicos y, fundamentalmente, de la Ley XIII de Toro, procedía la fijación de un plazo temporal de supervivencia (la llamada viabilidad legal).

GARCÍA GOYENA, con relación a la locución “para los efectos legales” que encabezaba el art. 107, señalaba: “Sobre herencias: en este sentido han hablado todos los Códigos antiguos y modernos”⁴⁵. Además, al comentar el plazo de tiempo que tenía que vivir el recién nacido para ser merecedor de reconocimientos a efectos sucesorios, decía: “la Comisión creyó que este importantísimo punto para la materia de herencias no debía pender de un solo instante de vida, como lo establecieron las leyes romanas y de las Partidas”; añadiendo que “había en el seno de la Comisión sujetos respetables que miraban como un despojo hecho a la familia del padre o madre difuntos esta súbita transmisión de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura unas horas, y pretendían prolongarla mucho más allá de los diez días del Fuero Juzgo”.

2- LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE 1870

Finalmente, la Ley del Matrimonio Civil de 1870, en su calidad de texto oficial, se creyó en la necesidad de terminar la discusión que produjo el texto de la Ley XIII de Toro, transcrito en la Novísima Recopilación, y a este efecto consignó en su art. 60:

45 GARCÍA GOYENA, 1852 [1974], p. 123

“Para los efectos civiles, no se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana y que no viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Por consiguiente, este texto, con solo introducir una reforma de redacción favorable a la mejor comprensión del mismo, fue el antecedente inmediato y modelo empleado por el legislador del Código Civil de 1889 para redactar el art. 30, actualmente derogado por la Ley 20/2011, que será objeto de nuestra reflexión en el apartado siguiente.

3- CÓDIGO CIVIL DE 1889

De acuerdo con el art. 29 Cc., *“El nacimiento determina la personalidad”*; a continuación, el art. 30 Cc, en su versión original, disponía lo siguiente:

“Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Además de los requisitos del nacimiento con vida y el entero desprendimiento del seno materno (nacimiento efectivo), este artículo establecía un sistema que combinaba dos requisitos para dar plena eficacia jurídica al nacimiento: la figura humana, y la llamada viabilidad legal, representada por el plazo de veinticuatro horas de vida⁴⁶.

La doctrina mayoritaria entendía que la eficacia del art. 30 quedaba limitada al campo civil (*“Para los efectos civiles”*). Por lo tanto, el nacido era considerado como persona en los demás efectos desde el mismo momento del nacimiento (por ejemplo: la titularidad de los derechos fundamentales) y desde entonces gozaba de protección penal, sin necesidad de que sobreviviera el plazo de veinticuatro horas. Los efectos civiles eran, fundamentalmente, los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial (derechos sucesorios)⁴⁷.

3.1- El requisito de las veinticuatro horas⁴⁸

Este plazo de veinticuatro horas fue el criterio elegido para decidir acerca de la vitalidad y

46 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *“La persona física: comienzo y fin de la personalidad”* en AA. VV., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), Colex, 3ª ed., Madrid, 2008, p. 338.

47 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, 2008, *cit.*, p. 342.

48 En este apartado seguimos muy de cerca las interesantes observaciones de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *“La persona física: comienzo y fin de la personalidad”* en AA. VV., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), Colex, 4ª ed., Madrid, 2011, p. 332

capacidad de supervivencia del nacido, en lugar de la viabilidad natural, o médico-biológica. El criterio de la viabilidad natural es el empleado todavía, por ejemplo, en el Cc. francés, respecto al que se distingue la viabilidad propia (madurez fetal: estado del feto de, al menos, mínima aptitud para vivir, dado el tiempo de su desarrollo intrauterino) y la impropia (carencia de vicios teratológicos: estado del feto que presente, al menos, mínima aptitud para vivir, por no tener defectos orgánicos, detención o perversión del desenvolvimiento, enfermedad o lesión intra o extrauterina, de consecuencias mortales).

El sistema español en la versión derogada del art. 30 era de viabilidad legal, en cuanto se entendía que el recién nacido que hubiera logrado sobrevivir esas veinticuatro horas acreditaba suficiente capacidad de supervivencia. La principal ventaja de este sistema frente al de la viabilidad natural residía en su mayor sencillez y seguridad, derivada de un dato fácilmente comparable: la supervivencia por más de veinticuatro horas.

Junto a sus innegables ventajas, este sistema de la viabilidad legal presentaba algunos inconvenientes apreciables. Principalmente, la injusticia que podía suponer privar de personalidad a quien, siendo naturalmente viable, hubiera fallecido antes de las veinticuatro horas por accidente o delito; o los problemas que planteaba reconocérsela al recién nacido abocado a un seguro fallecimiento, como consecuencia de su inmadurez o de sus defectos orgánicos, pero que, con los avances tecnológicos a lo largo del s.XX, era mantenido artificialmente con vida más allá del plazo legal de veinticuatro horas.

3.2- El requisito de la figura humana⁴⁹

Para paliar parcialmente estas consecuencias, consideradas injustas o poco razonables, se recurrió por parte de algunos autores al requisito de la figura humana, que pasó a ser interpretado en clave de viabilidad médico-biológica, a partir de la idea de que carece de figura humana quien nace con defectos tales que le imposibilitan para sobrevivir sin asistencia médica extraordinaria.

Esta propuesta, sin embargo, presentaba zonas de sombra:

a) Desde el punto de vista teórico, suponía transformar el requisito de la figura humana, en

⁴⁹ También en este apartado reproducimos las imprescindibles aportaciones de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, 2008, *cit.*, pp. 339 s.

requisito de viabilidad natural, el cual había sido claramente rechazado por nuestro legislador al consagrar el sistema de viabilidad legal con el requisito de veinticuatro horas.

b) En segundo lugar, conviene resaltar que esta reconversión servía efectivamente para no reconocer efectos civiles al nacimiento de quien vivía más de veinticuatro horas, pero carecía de capacidad de supervivencia; sin embargo, seguía sin atribuir eficacia civil al nacimiento de quien, siendo viable, fallecía por causas externas antes de que transcurriera el plazo legal (y esto era mucho más urgente y necesario).

Frente a lo anterior, otro importante sector doctrinal recondujo el requisito de la figura humana a la naturaleza humana. De acuerdo con este planteamiento, todo ser humano que naciera vivo reunía el requisito de la figura humana, y por tanto podía adquirir la plena personalidad civil a la que se refería el art. 30 Cc. Este es el criterio que adopta ahora, con toda claridad, el vigente art. 30 Cc., cuando exige como único requisito para el reconocimiento de la personalidad jurídica el nacimiento con vida.

3.3- La inscripción del nacimiento en el Registro civil

Además de lo anterior, cabe hablar de la influencia que tenía el art. 30 Cc. sobre la inscripción del nacimiento en el Registro civil, en particular, el art. 40 de la antigua LRc decía:

“Son inscribibles los nacimientos en que concurran las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código civil”.

Este precepto se complementaba con lo que preveía el art. 171 del antiguo RRc:

“Se entiende por criaturas abortivas las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un feto se reputé nacido a los efectos civiles”.

Por lo tanto, solo eran inscribibles los nacimientos en los que concurrieran los requisitos del art. 30: figura humana y veinticuatro horas de vida.

Este panorama legal se vio afectado por sendas disposiciones contenidas en dos tratados internacionales ratificados por España:

1) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1966, en vigor en España desde el 27 de julio de 1976, cuyo art. 24.2 dice: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”; y

2) La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, cuyo art. 7.1 dice: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

En resumen, exigían la inscripción directa del nacido en el Registro, sin tener que esperar (ni que el nacido sobreviviera) veinticuatro horas. Esto provocó un debate, que radicaba en la exigencia legal de acomodar el Código civil (y la Ley del Registro civil) al denominado Derecho convencional constituido por los tratados internacionales, que forma parte del ordenamiento interno español y, por tanto, de aplicación directa y preferente (*ex arts. 96.1 CE y 1.5 Cc.*). Por ello, muchos autores, entre otros ALBALADEJO, MARTINEZ DE AGUIRRE y RODRÍGUEZ GAYÁN concluyeron que había de ser aplicado lo dictado por ambos tratados⁵⁰.

Sin embargo, la RDGRN de 3 de septiembre de 1996, entendió que la legislación registral civil no se había visto afectada por ninguno de los dos tratados. Esto fue duramente criticado por la doctrina antes mencionada.

En definitiva, las premisas para la reforma del art. 30 Cc., intacto desde 1889, existían desde hacía ya demasiado tiempo: una valoración social del hecho del nacimiento que no comulgaba con las consecuencias jurídicas del precepto; el desarrollo de la ciencia médica que convertía en aún más anacrónica, si cabe, la solución no modificada desde la publicación del Código; la argumentada opinión doctrinal española prácticamente unánime a favor del cambio del criterio de adquisición de la personalidad; un nuevo orden legal que exigía rehuir construcciones jurídicas artificiosas; las prescripciones del Derecho convencional que impedían cualquier pretendida interpretación literal de la regla. Todo ello justificaba sobradamente la reforma del art. 30⁵¹.

50 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, en *RDP*, núm. 81, 1997, pp. 166-191. En el mismo sentido, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Comentario a los artículos 29 a 33 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, II, Vol. I, (coord. RAMS ALBESA), Barcelona, 2000, p. 327; RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 164.

51 Cfr. FLORENSA I TOMÁS, C. E., “La modificación del criterio de adquisición de la personalidad civil: un análisis desde el Derecho civil catalán”, en *InDret* 4/2012, pp. 26 s.

La reforma llegó, por fin, con la Ley 20/2011, del Registro Civil, que modificó el antiguo art. 30 Cc. a su versión actual.

VI- LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 30 DEL CÓDIGO CIVIL

Dispone el vigente art. 30 del Código civil, en la redacción dada por la Disposición Final 3ª de la Ley 20/2011, del Registro civil, que:

“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

El vigente art. 30 Cc. exige para el reconocimiento de la personalidad, simplemente, el nacimiento con vida y el entero desprendimiento del seno materno (nacimiento efectivo).

La evolución legislativa ha devuelto el criterio de adquisición de la personalidad al Derecho romano para el que, recordemos, bastaba la vida y la desvinculación física de la madre para atribuir capacidad jurídica al nacido. Este criterio, a pesar de no haber triunfado en la codificación española, no puede tenerse como absolutamente preterido en el devenir legislativo; resulta conveniente traer ahora a colación la Exposición de Motivos de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 en la cual, a pesar del criterio legal expuesto en su art. 60, antecedente directo del antiguo art. 30 Cc., se reconocía que, “en rigor”, la reunión de aquellos dos requisitos de base romana bastaba para reconocer personalidad jurídica al nacido. Por tanto, y en conclusión, no puede decirse que el criterio contemplado en el nuevo art. 30 sea algo novedoso y desligado completamente de cualquier tradición histórica legislativa española⁵².

La desaparición de los anacrónicos requisitos de la figura humana y de las veinticuatro horas requeridas por el derogado art. 30 Cc., además de obedecer a la pérdida de su sentido, era una exigencia del orden jurídico constitucional: la civilística había considerado la *conditio iuris* ahora suprimida como contraria al principio de la dignidad de la persona, *ex* art. 10 CE. El nuevo art. 30 Cc., a pesar de ser el resultado de la tensión entre la actualización necesaria de su contenido y un cierto freno conservador sobre el redactado, constata el innegable cambio de criterio en la

52 Cfr. FLORENSA I TOMÁS, C.E., “La modificación del criterio de adquisición de la personalidad civil: un análisis desde el derecho civil catalán”, *cit.*, pp. 36 s.

adquisición de la personalidad y, con ello, su adecuación al espíritu y al texto constitucional.

El precepto presenta, asimismo, novedades complementarias, visibles tanto a través de las incorporaciones como de las supresiones que ofrece la nueva literalidad del artículo con relación a la anterior, y todas ellas son importantes para explicar el nuevo significado de la regla⁵³:

- entre las incorporaciones cabe señalar, de un lado, lo concerniente al “momento del nacimiento” y su relación con la exigencia (“una vez producido”) todavía mantenida del “entero desprendimiento” y, de otro, el requerimiento de que el nacimiento lo sea “con vida”;
- entre las omisiones o eliminaciones, aparte de la más evidente relacionada con la antigua *conditio iuris*, cabe destacar la que nominalmente afecta al sujeto, al que anteriormente se designaba como “feto” o como “nacido” según el instante de consideración del ser humano durante el nacimiento, y la que afecta a los términos iniciales del antiguo precepto —“Para los efectos civiles”—.

1- NACIMIENTO EFECTIVO

En relación con este requisito, en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁵⁴, parece razonable seguir entendiendo que tal desprendimiento se produce con el corte del cordón umbilical: esto quiere decir que si el nacido está vivo en el momento en el que se produce dicho corte, adquiere de inmediato plena personalidad jurídica, a todos los efectos, sin necesidad de ulteriores requisitos (a diferencia de la redacción original del art. 30 Cc.).

En el mismo sentido, ALBALADEJO⁵⁵ sostiene que el nacimiento, según la ley (e independientemente de que el concepto sea o no incorrecto desde otros puntos de vista), tiene lugar, no a la salida (natural o artificialmente) del nuevo ser del claustro materno, sino cuando se rompe el cordón umbilical. Este es el momento en el que, como disponía el antiguo art. 30 Cc. y reproduce el actual art. 30 *in fine* “se produce el entero desprendimiento del seno materno”.

53 Para el análisis del contenido del nuevo art. 30 Cc., seguimos muy de cerca las interesantes aportaciones de FLORENSA I TOMÁS, C.E., “La modificación del criterio de adquisición de la personalidad civil: un análisis desde el derecho civil catalán”, *cit.*, pp. 31 ss.

54 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, 2011, *cit.*, p. 333.

55 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer S.L., 19ª ed., Madrid, 2013, p. 146.

2- NACIMIENTO CON VIDA

El nuevo precepto añade, ahora sí como auténtica novedad formal, que el nacimiento debe serlo “con vida”. Sin embargo, lo que no aclara la nueva redacción del art. 30 Cc. son los signos de vida o vitalidad que hay que tener presentes para valorar adecuadamente si el ser que ha nacido tuvo –aunque fuese por un instante– vida y, en consecuencia, personalidad jurídica antes de su fallecimiento. Como solución podría utilizarse el criterio tradicional en sede penal relativo a la respiración autónoma del nacido respecto de la madre⁵⁶, el cual es muy similar al que, como ya dijimos en su momento, proponían los sabinianos en la Antigua Roma y que Justiniano acabó adoptando en el Código.

3- LA ELIPSIS DEL SUJETO GRAMATICAL

FLORENSA⁵⁷ considera un acierto la opción del legislador de no designar nominalmente a quien adquiere la personalidad con el nacimiento. El antiguo art. 30 Cc. se refería al “feto” que, una vez reunía los requisitos establecidos, se “reputaba” jurídicamente “nacido”. La noción de “feto” o de “nacido”, a efectos jurídicos, conducía de manera irremisible a un momento respectivamente anterior o posterior al del nacimiento; su utilización, o la de otros términos más o menos indicativos, probablemente hubiere aportado confusión y dificultades interpretativas si se hubiere ubicado en un pasaje inadecuado. Para evitarlo, se ha eliminado gramaticalmente toda referencia explícita al sujeto aunque, obviamente, esté omnipresente en cualquier pasaje de la regla.

Además, el silencio del nuevo art. 30 Cc. resulta más coherente con el resto de la norma porque ahora coincide y se armoniza con el mutismo del art. 29 Cc., que desde siempre ha obviado la referencia explícita al sujeto gramatical al disponer que “el nacimiento determina la personalidad”.

56 Cfr. MACANÁS VICENTE, G., “Efectos y defectos del artículo 30 del Código civil”, en *InDret* 4/2013, p. 13. El autor añade en una nota de esa página que “no se trata de asumir efectos, tutelas ni planteamientos penales de ningún tipo, pues parten de un sistema distinto con finalidades diversas [...] se trata, en cambio de tomar la experiencia jurídica y pericial aplicada a la determinación del inicio de la vida como un criterio sólido y constante, [...] que ha servido hasta ahora en el ámbito que debiera ser más estricto y objetivo, por depender del hecho típico la restricción de derechos fundamentales. En este sentido, no se propone adoptar las consecuencias jurídico-penales sino utilizar el supuesto de hecho establecido y concretado en sede penal como hipótesis de trabajo.”

57 Cfr. FLORENSA I TOMÁS, C.E., “La modificación del criterio de adquisición de la personalidad civil: un análisis desde el derecho civil catalán”, *cit.*, p. 35.

4- LA SUPRESIÓN DE LA REFERENCIA A LOS EFECTOS CIVILES

El alcance de la reforma no deja lugar a dudas: los efectos de la adquisición de la personalidad no se limitan ahora a ninguno de los ámbitos en que, jurídicamente, puede dividirse la proyección de la persona en el mundo del Derecho. La eliminación de la locución “para los efectos civiles” no puede interpretarse de otra forma que para evidenciar que el legislador, adaptándose al signo (jurídico) de los tiempos, ha determinado que con el nacimiento se adquiere personalidad a todos los efectos civiles, personales y patrimoniales, quedando así huérfanos todos los argumentos que, más allá del propio apoyo que aportaba la dicción legal, se habían aducido para justificar la norma de la anterior redacción, sobre todo aquellos relacionados con el ámbito patrimonial sucesorio⁵⁸. A partir del nacimiento y, por tanto, de la adquisición de la personalidad, el nacido se interpone y actúa como sujeto de Derecho en cualquier desplazamiento patrimonial del que sea destinatario final o intermedio.

Desde otro punto de vista, la supresión de la referencia a los “efectos civiles” acentúa seguramente la vocación de trascender al exclusivo ámbito del Derecho civil de la disposición estudiada. Sin necesidad ahora de extendernos en este punto, recordemos que la personalidad ha sido definida como aquel complejo de derechos que el ordenamiento reconoce a la persona por el hecho de serlo, identificándose su contenido con la titularidad de derechos fundamentales.

5- EL ART. 30 CC Y LA LEY DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

Por otro lado, como pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁵⁹, la nueva redacción del art. 30 Cc. afecta decisivamente a las reglas de la LIB, cuyo art. 28 regula la donación de embriones y fetos humanos: en concreto, el art. 28.3 LIB dispone que:

“Los fetos expulsados prematura y espontáneamente serán tratados clínicamente mientras mantengan su viabilidad biológica, con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital”.

58 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, 2011, *cit.*, p. 333; FLORENSA I TOMÁS, C.E., “La modificación del criterio de adquisición de la personalidad civil: un análisis desde el derecho civil catalán”, *cit.*, p. 36.

59 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, 2011, *cit.*, p. 333.

Por su parte, el art. 28.4 LIB establece que:

“Antes de proceder a cualquier intervención sobre embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico o sobre embriones o fetos muertos, se dejará constancia por el personal facultativo correspondiente de que se han producido tales circunstancias”.

Como puede verse, ambos preceptos distinguen entre los fetos “expulsados prematura y espontáneamente” (es decir, nacidos a partir del momento en que se ha cortado el cordón umbilical) que tienen viabilidad biológica, y los que no la tienen, a efectos de donación o experimentación. Tras la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 30 Cc. hay que entender que todo ser humano nacido con vida tiene plena personalidad jurídica, con independencia de su viabilidad biológica, y por tanto goza de la más plena protección por parte del ordenamiento jurídico: cualquier actuación o intervención sobre ellos debe quedar sujeta a las reglas generales de la LIB en relación con la investigación y experimentación sobre personas nacidas (arts. 13 y 20 LIB).

6- ARCHIVO ESPECIAL DEL REGISTRO CIVIL

Por otra parte, la LRc 20/2011, que entrará en vigor el 30 de junio de 2018, en su Disposición Adicional 4^a⁶⁰, trata de atender la sensibilidad de los padres cuyos hijos no han llegado a nacer vivos, y crea un archivo del Registro civil sin efectos jurídicos, en el que se recogerán los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran los requisitos del art. 30 C.c., pudiendo los progenitores otorgar un nombre. Este archivo tendrá un régimen de publicidad restringida⁶¹.

Para concluir, con palabras de LINACERO⁶², la reforma del art. 30 Cc. y la creación del

60 Disposición Adicional cuarta. Constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación: *“Figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre. Este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida.”*

61 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, cit., p. 150. Sobre este archivo especial del Registro civil, vid. LINACERO DE LA FUENTE, M^a., “La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, en *RCDI*, núm. 731, mayo de 2012, pp. 1354 ss; NAVARRO CASTRO, M., “Disposición Adicional cuarta. Constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación”, en AA. VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, COBACHO GÓMEZ, J.A. y LECIÑENA IBARRA, A. (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 1423 ss; DE LA IGLESIA MONJE, M^a I., “La reforma del artículo 30 del Código Civil. Estudio de las condiciones del nacimiento. Repercusiones jurisprudenciales” en *RCDI*, núm. 728, noviembre de 2011, pp. 3412 s.

62 Cfr. LINACERO DE LA FUENTE, M^a., “La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, cit., p. 1361.

citado archivo especial, van mucho más lejos de lo que puedan significar los aspectos registrales, al entroncar el nacimiento con el reconocimiento de la personalidad y con las categorías de la personalidad y la capacidad jurídica.

VII- CONCLUSIONES

1ª- Hoy en día todo ser humano por el hecho de nacer tiene la consideración de persona en sentido técnico-jurídico, esto es, sujeto de derecho y se le atribuye capacidad jurídica, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Pero en Roma esto no era así, no todo ser humano por el hecho de nacer tenía la consideración de sujeto de derecho. En el Derecho romano, para tener plena capacidad jurídica, además de una serie de requisitos naturales relativos al nacimiento –únicos de que se preocupa el Derecho actual–, se exigían otros requisitos civiles. Era necesario ostentar una triple situación –*status*– de privilegio: respecto a la libertad –*status libertatis*–, había que ser libre; respecto a la ciudadanía –*status civitatis*–, había que ser ciudadano romano, y respecto a la familia –*status familiae*–, había que ser *sui iuris*. Solo el varón *sui iuris*, esto es, el *paterfamilias*, podía tener la plena capacidad jurídica y, por ello, era el único al que se le puede aplicar nuestro concepto de sujeto de derecho.

2ª- En el Derecho romano no se elaboró una teoría general sobre los requisitos del nacimiento. En la época clásica, la jurisprudencia se limitó a determinar el papel que podía jugar el nacimiento respecto al fin perseguido por una determinada ley o senadoconsulto. En concreto, la *lex Iulia et Papia Poppaea*, de la época de Augusto, respecto a la capacidad para suceder, donde se tomaba como base lo prolífico del matrimonio y el senadoconsulto Tertuliano, dado bajo Adriano, que confería la herencia del hijo a la madre que gozase del *ius liberorum*, esto es, que tuviese tres hijos si era ingenua o cuatro si era liberta. Solo al final, con Justiniano, y como ya hemos visto con discrepancias en algunos puntos, se acabó por precisar los siguientes requisitos: nacimiento efectivo, nacimiento con vida y forma humana del nacido.

3ª- Es muy discutible que el Derecho romano exigiese el requisito de la viabilidad, en el que el Derecho moderno encierra pruebas de diversa índole según los distintos Derechos positivos (examen médico en cada caso, un lapso de tiempo mínimo de vida extrauterina, como fijaba nuestro Código civil en su anterior regulación, etc.), pruebas tendentes a demostrar que la vida del recién nacido presenta probabilidades de duración y no es algo efímero que va a cesar casi en el instante mismo de haber surgido. En la romanística sólo se discute si se tuvo en cuenta la madurez del parto

coincidente con el *partus perfectus*, es decir, acaecido *pleni temporis*, tras una gestación que haya durado seis meses completos, y no la aptitud de supervivencia, en concreto tras el nacimiento de un parto maduro. De ahí que la doctrina no niegue la personalidad jurídica al parto maduro, aunque un defecto orgánico le impida seguir viviendo. Por otro lado, el abortado puede nacer vivo. Pero el nacido vivo es aborto (*abortus*) cuando, por salir prematuramente del claustro materno, no alcanza el desarrollo orgánico necesario para continuar la vida. Sólo de tal causa depende la negación de la personalidad jurídica.

4ª- La doctrina es unánime al afirmar que el origen de la exigencia del requisito de la viabilidad se encuentra en el Derecho bárbaro, cuya representación genuina en el Derecho medieval español, el Fuero Juzgo, exigía que el nacido viviese diez días para considerarlo persona, ya que, de esa forma, se reforzaba la aptitud para poder continuar una vida extrauterina. Este plazo de diez días exigido en el Fuero Juzgo, pero silenciado en el Fuero Real, sigue sin exigirse por las Partidas, no lo pedía el Derecho romano y no fue recordado por el rey Sabio. Por lo tanto, la supervivencia del Derecho romano es clara al no mencionar plazo de tiempo alguno para el reconocimiento de la persona. Así pues, es en las Partidas donde encontramos una mayor influencia de la legislación romana en el tema del reconocimiento de la personalidad jurídica, al exigir que nazca vivo, tras un periodo mínimo de gestación concretado en el séptimo mes, y que la criatura tenga forma humana.

5ª- La cristalización definitiva de la regla recogida en la versión derogada del art. 30 Cc. comienza con la Ley XIII de Toro, que pedía veinticuatro horas de supervivencia y el bautismo; a estos dos requisitos sumó más adelante la doctrina el de la figura humana, que procedía del Derecho romano a través de las Partidas. El siguiente paso lo da el proyecto de García Goyena, cuyo art. 107 exigía la figura humana y cuarenta y ocho horas de supervivencia. Por fin, el art. 60 de la Ley de Matrimonio civil de 1870 –antecedente inmediato de la anterior versión del art. 30 Cc.– dispuso que “para los efectos civiles no se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana, y que no viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

6ª- Los requisitos de la “figura humana” y de vivir “veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”, establecidos en la anterior versión del art. 30 Cc. a modo de *conditio iuris* para la adquisición de la personalidad, y todavía vigentes en el comienzo del siglo XXI, constituían un anacronismo legislativo, denunciado desde hacía ya tiempo por la doctrina, y cuyo desfase respecto de la valoración social y jurídica se intensificó a partir de la contribución decisiva del avance de la ciencia médica y del nuevo orden constitucional (1978). La solución

legislativa española se había convertido en una anomalía inexplicable y aislada y, desde la perspectiva del Derecho comparado, sin parangón en los ordenamientos jurídicos de su entorno jurídico cultural. El Derecho convencional, a través de los Tratados ratificados por España (1966 y 1989), justificaba y exigía una adaptación legislativa que tuviera en cuenta la trascendencia jurídica de la persona desde inmediatamente después de su nacimiento. Como ya hemos visto, muchos autores estimaron que según dichos Tratados únicamente el ámbito patrimonial, en el mejor de los casos, se podía sujetar a aquellos requisitos.

7ª- El nuevo art. 30 Cc., habiendo eliminado de manera definitiva los requisitos de la “figura humana” y del transcurso de las veinticuatro horas de vida independiente de la madre, fundamenta ahora el criterio de adquisición de la personalidad únicamente en el “nacimiento”, entendido desde su consideración jurídica, exigiendo expresamente que se nazca “con vida” y que se produzca “el entero desprendimiento” mediante el corte del cordón umbilical. Además, el nuevo criterio permite prescindir de cualquier limitación a la proyección jurídica, tanto personal como patrimonial, del recién nacido, incluyendo por tanto los efectos sucesorios *mortis causa*.

8ª- Por último, con la entrada en vigor del nuevo art. 30 Cc. coinciden las distintas disciplinas del Derecho en considerar jurídicamente a la persona desde el nacimiento. Desde la perspectiva del Derecho civil, la unificación del criterio de adquisición de la personalidad ha tenido lugar, fundamentalmente, con relación a los convenios internacionales ratificados por España, con la consecuencia de compartir unos mismos efectos con el mismo alcance. Pero la modificación del criterio también ha permitido la armonización de los efectos del nacimiento con la normativa penal y constitucional, principalmente, en las que se considera a un recién nacido, sin más, como un sujeto de derecho penal y constitucionalmente protegible. Con ello, ha desaparecido la criticable diferencia valorativa que no tenía justificación desde el punto de vista del art. 10 CE.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, en *RDP*, núm. 81, 1997, pp. 166-191.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Compendio de Derecho Civil*, 10ª ed., 1997.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer S.L., 19ª ed., Madrid, 2013

ALBURQUERQUE, J. M., en AAVV, *Personalidad y capacidad jurídica*, t. I, Córdoba, 2005, pp. 89 ss.

ALEMÁN MONTERREAL, A., “La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil”, en *AC*, núm. 35, 1999, pp. 1059-1071.

ALEMÁN MONTERREAL, A., “Precisiones terminológicas sobre *ostentum*, D., 50, 16, 38 (*Ulpianus libro 25 ad edictum*)”, en RESINA SOLA, P. (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2012, pp. 49 ss.

ANTÚNEZ Y VILLEGAS, L. E., “Sobre la institución persona”, en RESINA SOLA, P. (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2012, pp. 65 ss.

ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vol. I, Madrid, 1991.

BLANCH NOUGUÉS, J. M., “El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica”, en *ADC*, 2001, pp. 1145 ss.

BLANCH NOUGUÉS, J. M., “El feto como porción de la mujer: origen de un mito jurídico”, en *El aborto, perspectiva pluridisciplinar*, I Jornadas Universidad y Cultura de la Vida de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU, Madrid, 2002, pp. 7 ss.

CALLEJO RODRÍGUEZ, *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, Madrid, 1997.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a I., “La reforma del artículo 30 del Código Civil. Estudio de las condiciones del nacimiento. Repercusiones jurisprudenciales” en *RCDI*, núm 728, noviembre de 2011, pp. 3403-3415.

FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a E., “Nacimiento de la persona: pasado y presente”, en *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2 (2013), pp. 139-172.

FLORENSA I TOMÁS, C. E., “La modificación del criterio de adquisición de la personalidad civil: un análisis desde el Derecho civil catalán”, en *InDret* 4/2012 (www.indret.com), pp. 1-42.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10^a ed., Barcelona, 1990.

LINACERO DE LA FUENTE, M^a., “La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, en *RCDI*, núm. 731, mayo de 2012, pp. 1329-1361.

MACANÁS VICENTE, G., “Efectos y defectos del artículo 30 del Código civil”, en *InDret* 4/2013 (www.indret.com), pp. 1-42.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Comentario a los artículos 29 a 33 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, II, Vol. I, (coord. RAMS ALBESA), Barcelona, 2000, pp. 237-353.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “En torno al concepto jurídico de persona (una contribución teórica para la determinación del estatuto jurídico del concebido no nacido)”, en *Cuadernos de bioética*, vol. 13, núm. 47-49, 2002, pp. 43-52.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “La persona física: comienzo y fin de la personalidad” en AA. VV., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), Colex, 3^a ed., Madrid, 2008, pp. 337-364.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “La persona física: comienzo y fin de la personalidad” en

AA. VV., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), Colex, 4ª ed., Madrid, 2011, pp. 331 ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Artículo 30 del Código civil”, en *Código civil comentado*, Vol. I, CAÑIZARES LASO, A. *et alii* (Dirs.), Civitas, Cizur Menor, 2011.

NAVARRO CASTRO, M., “Disposición Adicional cuarta. Constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación”, en AA. VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, COBACHO GÓMEZ, J.A. y LECIÑENA IBARRA, A. (Dirs.), Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 1423-1425.

OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Pamplona, 2006.

PANERO, R., *Derecho Romano*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PÉREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad del nacido en el Derecho civil”, en *RCDI*, núm 37, enero de 1928, pp. 1-13; núm. 39, marzo de 1928, pp. 161-173; núm 41, mayo de 1928, pp. 321-333.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995.

SALAZAR REVUELTA, Mª., “Algunas consideraciones sobre la doctrina del *nasciturus* en la tradición romanística y en la codificación”, en *Problemática del Derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, Jaén, 1999, pp. 289 ss.